Archiv
für die
civilistische Praxis.

Einunddreißigster Band. Erstes Heft.

I.

Civilistische Erörterungen.

I. Kann der Schuldner eine Quittung fordern?
II. Wenn wird der Schuldner durch Zahlung an den Gläubiger seines Gläubigers befreit?
III. Steht das sogen. beneficium excussionis personale dem dritten Besitzer speciell verpfändeter Sachen zu?
IV. Ist nach der Auth. C. Si qua mulier eine Schuld, welche eine Ehefrau mit ihrem Ehemanne gemeinschaftlich contrahirt, als Bürgschaft anzusehen und darum ungültig?

Von
F. B. Busch,
Präsidenten des Landesjustizcollegiums zu Arnstadt.

Zu I.

Die älteren Practiker, z. E. Franc. Wiser Obs. jur. pract. Obs. 23 p. 126, und Ant. Faber Cod. defin. forens. etc. tit. de solut. def. 3 p. 1089 bejahten diese Frage aus allgemeinen, aus den Verhältnissen des Gläubigers und Schuldners hergenommenen Gründen, und insbesondere stützt Faber das Recht des Schuldners, eine Quittung von dem Gläubiger zu verlangen, darauf, daß deren Ausstellung diesem nicht schade, jenem aber nützlich sei, und der Gläubiger daher hierzu gezwungen werden könne. Spätere Rechtslehrer berufen sich zur Begründung der desfallsigen Verbindlichkeit

des Gläubigers auf Gesetze, insbesondere auf c. 18 C. de test. (4. 20), modificiren aber jene dahin, daß der Schuldner, der seine Schuld abtragen wolle, diese so lange zurückhalten könne, m. a. W. das Geld nicht eher aus den Händen zu geben brauche, bis er eine Quittung dagegen empfange, so daß also Geld und Quittung gegen einander ausgetauscht werden müßten; kurz! sie sprechen dem Schuldner ein Retentionsrecht bezüglich der Zahlung seiner Schuld bis zum Empfange einer Quittung zu. Hierher gehören Mencken, Comment. in l. 18. C. de test. Lips. 1748. Brockes select. Obs. obs. 510. Voët ad tit. Pand. de solut. §. 15. Leyser Medit. ad. Pand. spec. 530 med. 1. Claproth Rechtsw. von Eingehung der Verträge. I. §. 62. Derselben Ansicht scheint Curtius, Handb. des in Sachsen geltenden Civilrechts, zu sein, wenn er §. 1635 bemerkt: „Jeder Schuldner könne bei der Zahlung eine Quittung verlangen, wenn nicht die Schuld zu denjenigen gehöre, bei welchen es überhaupt nicht Sitte sei, Quittung zu geben." Gesterding in der Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. Thl. III. S. 427 (und im Archive für civil. Praxis. Bd. IV. S. 16, wo dieselbe Abhandlung abgedruckt ist), bezweifelt, nachdem er die Ansichten Fabers, Leysers und Voët's referirt hat, zuerst, daß eine desfallsige Verbindlichkeit des Gläubigers aus der Natur der Sache abgeleitet werden könne, indem eine Quittung als ein schriftliches Geständniß des Ausstellers über die geschehene Tilgung der Verbindlichkeit dem Schuldner zum Beweise der Zahlung diene, und daher der letztere jure perfecto schwerlich fordern könne, daß der Gläubiger ihm ein Beweismittel gegen sich in die Hände geben solle. Hiernächst bemerkt aber Gesterding weiter, daß den Schuldnern in der c. 18 cit. allerdings das Recht verliehen zu sein scheine, mit der Zahlung so lange zurückzuhalten, bis ihnen eine Quittung ertheilt worden sei. Wening-Ingenheim im Civilrecht

Bd. III. §. 245 (111.) not. k. stellt unter Bezugnahme auf Gesterding nur im Allgemeinen den Satz hin, daß der Gläubiger auf Verlangen des Schuldners diesem eine Quittung zu geben verbunden sei. Sintenis im practischen gemeinen Civilrecht, Bd. II. Leipz. 1847. §. 103. S. 407 ist der Ansicht, daß der Gläubiger verpflichtet sei, dem Zahlenden eine Quittung auszustellen, und daß dieser sowohl bis dahin, wo er eine solche erhalten, die Zahlung mit der Wirkung, daß die Weigerung der Annahme den Gläubiger in Verzug versetze, zurückhalten, als auch nach erfolgter Zahlung eine Quittung verlangen könne. Indessen gibt Sintenis selbst zu, daß in den Gesetzstellen nicht direct gesagt sei, daß der Schuldner auf eine Quittung klagen könne; er bemerkt jedoch, daß dieses indirect darin enthalten und seines Wissens immer angenommen worden wäre, welches letztere jedoch nach den referirten Aeußerungen der oben angeführten Rechtslehrer nicht der Fall ist.

Seuffert im Lehrb. des pract. Pandectenrechts §. 284 und Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Thl. I. S. 244 behaupten ebenfalls, daß der Schuldner, außer der Zurückgabe des Schuldscheines, eine Quittung über die bezahlte Schuld auch noch später klagend zu verlangen berechtigt sei.

Nur der zuletzt angeführte Rechtslehrer hat die vorliegende Frage ausführlich behandelt, und es sind daher die Gründe, die er für deren Bejahung anführt, genauer ins Auge zu fassen.

Der erste Grund, welchen Linde a. a. O. für seine Ansicht anführt, ist folgender:

„Da Niemand — sagt er S. 247 — verbunden ist, eine Schuldforderung zu zahlen, wenn die Zahlung ihn nicht in jenem Falle von der Obligation befreiet, so wäre schon deshalb nach allgemeinen Grundsätzen der Gläubiger verpflichtet, eine den Schuldner sicherstellende Bescheinigung zu geben."

Allein dieser Grund ist unzureichend; denn es ist ja bekannt, daß die Zahlung ipso jure die Schuld tilgt, daß dagegen die Ausstellung einer Quittung diese Wirkung nicht hervorbringt. Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omnimodo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit; apocha non alias quam si pecunia soluta sit. l. 19. §. 1. D. de acceptil. (46, 4.) vgl. Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen. Bd. I. S. 476. §. 224. Göschen, Pand. Vorles. §. 444. Wenn nun aber omnis obligatio solutione tollitur (pr. Inst. de solut.), wie die Gesetze klar verordnen, so ist für den Schuldner kein Grund vorhanden, die Zahlung unter dem Vorwande zurückzuhalten, weil er durch dieselbe ohne Empfang einer Quittung nicht befreit werde; denn dieser Vorwand wird durch die citirten Gesetze direct widerlegt; noch weniger aber kann er aus jenem Grunde eine Quittung fordern, weil durch diese das Schuldverhältniß nicht aufgehoben wird. Obiges Argument reducirt sich also darauf, daß Niemand zu zahlen brauche, wenn er nicht durch eine Quittung gegen wiederholte Forderung des Gläubigers sichergestellt werde; allein das ist ja eben der bestrittene Punkt, um den es sich handelt, und der von Linde aufgestellte Grund beweist daher nichts für seine Behauptung.

Eben so wenig kann ich Linde beistimmen, wenn er S. 247 fortfährt:

„Es folgt dieses aber auch unwiderlegbar aus dem positiven Rechte. Denn wenn es in Const. 18 de test. heißt: „ut scientes omnes ita ea statuta esse, non aliter debitum, vel partem ejus persolvant, nisi vel securitatem in scriptis capiant, vel observaverint praefatam testium probationem;“ so geht daraus bestimmt die alternative Befugniß des Schuldners hervor: keine Zahlung zu leisten, wenn ihm nicht das eine oder andere der beiden, von Justinian anerkannten und geforderten Beweismittel, zugestanden wird. Dasselbe läßt sich aber auch eben so

bestimmt aus der Nov. 90 cap. 2 herleiten. Eine solche alternative Befugniß hat aber rechtlichen Werth nur, wenn ihr eine rechtliche Verbindlichkeit entspricht. Daß diese aber nicht auch alternativ sei, folgt daraus, daß theils nach der Natur des Verhältnisses der Zeugenbeweis nicht in dem Grade zuverlässig ist, als der durch eine Quittung, theils aber auch Justinian in der Nov. 90 c. 2 durch die Worte: „quanquam debitum scriptura interveniente contractum esset, et qui confessus erat, scribere, idque per literas suas manifestum facere posset," deutlich anerkennt, daß in jedem Falle, wo eine Quittung ausgestellt werden konnte, dieselbe vom Schuldner gefordert werden dürfe."

Auf die const. 18 cit. beziehen sich fast alle angeführten Rechtslehrer; allein ich glaube, ohne hinreichenden Grund, wie schon Gesterding gefühlt hat, indem er gegen den dispositiven Character der angeführten Gesetzesworte ein Bedenken nicht zu unterdrücken vermag. Dieselben enthalten meiner Ansicht nach weiter nichts, als eine Warnung, wie sie die Gesetzgeber so häufig geben, daß sich Alle nach den neu erlassenen Verordnungen genau richten, widrigenfalls aber den Schaden, der sie trifft, ihrer eigenen Schuld beimessen sollen. Höchstens empfiehlt Justinian dem zahlenden Schuldner die Cautel an, sich entweder eine Quittung geben zu lassen, oder für Beibringung des legalen Zeugenbeweises zu sorgen; ein alternatives Recht sichert er ihm aber gewiß nicht zu. Ueblich war es bei den Römern allerdings auch, sich Quittungen über erfolgte Zahlungen geben zu lassen; allein eine Pflicht des Gläubigers kann man wenigstens aus der angeführten Stelle nicht ableiten. Sagt doch Linde selbst: Der Kaiser verordne: Es solle sich Jeder wohl vorsehen, daß er nicht ohne Quittung oder nicht ohne Zuziehung von fünf Zeugen zahle. Was ist nun aber natürlicher, als hierin das Anempfehlen von Cautelen zu finden,

von denen die eine — und zwar die letztgedachte — lediglich in der Willkühr des Schuldners stand, während die Ausstellung einer Quittung ohne alle Inconsequenz recht gut von dem freien Willen des Gläubigers abhängig sein und bleiben konnte. Es mag bei den Römern eben so gewesen sein, wie bei uns; die Ausstellnng von Quittungen war üblich und wurde wohl selten abgeschlagen; daß aber in diesem Falle der Schuldner klagen konnte, davon enthält die angeführte Coderstelle eben so wenig eine Sylbe, als davon, daß Justinian dem Schuldner ein alternatives Recht zugesichert habe.

Aber auch nicht einmal das Einräumen eines Retentionsrechtes kann ich in ihr finden; denn daraus, daß der Kaiser dem Schuldner empfiehlt, entweder auf die Empfangnahme einer Quittung oder den vorgeschriebenen Zeugenbeweis Bedacht zu nehmen, folgt nicht, daß, wenn der Gläubiger die Ausstellung der Quittung verweigert, der Schuldner die Zahlung solle zurückhalten können, sondern schlußgerecht nur so viel, daß ihm dann freisteht, zu seiner Sicherstellung die andere Cautel anzuwenden. Sollte man aber auch aus der const. 18 cit. ein Retentionsrecht des Schuldners ableiten können, so würde man doch jedenfalls zu weit gehen, wenn man, wie Sintenis a. a. O. thut, hierin eine indirecte Berechtigung des Schuldners zue Anstellung einer Klage finden wollte. Denn auch auf den Grund einer obligatio naturalis kann man retiniren; ein Klagerecht dagegen gewährt die letztere nicht. Und in der That gründen mehrere der angeführten Rechtslehrer das dem Schuldner vindicirte Retentionsrecht auf die aequitas naturalis, wie denn auch die Natur der Sache auf eine natürliche Verbindlichkeit weit eher schließen läßt, als auf eine obligatio civilis; denn nicht allein schweigt die Gesetzstelle gänzlich von einer solchen, sondern es ist auch der Sachlage völlig entsprechend, bei dem Schuldner, der nicht in actu solutionis eine Quittung verlangt, einen stillschweigenden Verzicht

auf dieselbe anzunehmen, so daß ein dem Schuldner auf den Grund einer obligatio naturalis zugestandenes Retentionsrecht eine obligatio civilis und eine daraus entspringende Klage als überflüssig erscheinen lassen würde.

Am Wenigsten scheint aber die Nov. 90 cap. 2 zur Unterstützung der Ansicht von Linde geeignet zu sein. In derselben wiederholt Justinian nicht nur die in der const. 18 cit. erlassene Verordnung, sondern er bestimmt auch noch, daß die zum Beweise der Zahlung zu adhibirenden 5 Zeugen besonders zu jenem Behufe erbeten worden sein müßten. Dieß Letztere ist der dispositive Theil der Novelle, nach dessen Vortrag sich der Gesetzgeber noch weitläufiger über leichtsinnige und oberflächliche Zeugnisse ausspricht und dieselben für verwerflich erklärt. Sodann führt er zum Belege der Zweckmäßigkeit der von ihm getroffenen Bestimmungen einen Fall an, dee ihm beim Rechtsprechen vorgekommen. In diesem war behauptet, daß viele Gelder gezahlt worden seien, gleichwohl aber nur durch zwei Tabularii dargethan worden, daß sie von einer solchen Bezahlung gehört hätten: ohne daß ein Zeuge zugegen gewesen war. Hierbei nun hebt Justinian unter Anderm als Beweisgrund dafür, daß die Zahlung fälschlicherweise behauptet worden sei, hervor, daß der, welcher den Empfang der Zahlung eingestanden haben solle, des Schreibens kundig gewesen sei, und den Empfang durch seine eigene Schrift hätte bekennen, mit andern Worten: eine Quittung hätte ausstellen können.

Hieraus läßt sich aber nichts weiter folgern, als das, was schon aus c. 18 de test. erhellet, daß der Zahlende entweder auf Empfangnahme einer Quittung oder auf Beibringung des legalen Zeugenbeweises Bedacht nehmen muß. Ueberdieß referirt der Kaiser in den Worten der Novelle, auf welche Linde so großes Gewicht legt, blos einen einzelnen Fall, der ihm vorgekommen, und motivirt die Verwerfung der Einrede der

Zahlung hauptsächlich dadurch, daß blos zwei tabularii von jener gehört haben wollten, keineswegs aber Zeugen zugegen gewesen seien, nnd daß der, welcher die Zahlung eingestanden haben solle, des Schreibens kundig gewesen sei und eine Quittung eigenhäudig hätte ausstellen können. Es ist dieß also bloß ein Entscheidungsgrund, der den Gesetzgeber neben einem andern, weit wichtigern Grunde in einem einzelnen Falle leitete, und welchen wir als Beleg für eine Zwangsverbindlichkeit zur Quittungsertheilung schon aus dem angeführten Grunde und um deswillen nicht betrachten dürfen, weil bei den Römern gewiß so wenig, wie bei uns, die Ausstellung einer Quittung in der Regel verweigert zu werden pflegte.

Dazu kömmt, daß das Bedürfniß des Schuldners, über die Abtragung einer verbrieften Schuld eine Quittung zu erhalten, um so weniger dringend war, als dem Schuldner nach erfolgter Zahlung sein Schuldschein zurückgegeben werden mußte, die Zurückgabe desselben eine Vermuthung für die Tilgung der Schuld begründete, fr. 2. D. de pact. (II. 14.) fr. 84. §. 7 de leg. (I. 30.) l. 14. C. de solut. (8. 43.), und er dieselbe mittelst einer Klage erzwingen konnte, c. 9. C. ad exhib. (III. 42.) c. 2. C. de cond. ex leg. (IV. 9.) c. ult. C. de solut. (VIII. 43.) Dabei mußte der Schuldner freilich den Beweis der Zahlung führen; allein von diesem wird auch der nicht freigesprochen werden können, der auf den Grund erfolgter Zahlung eine Quittung fordert. Auch kann man daraus, daß der Schuldner nach erfolgter Zahlung auf Zurückgabe der Schuldverschreibung klagen konnte, nicht folgern, daß er auf Ausstellung einer Quittung habe klagen können; denn es würde dieses ein unstatthafter Schluß, ein Schluß a minori ad majus sein, wie aus c. 14. C. de solut. (VIII. 43.) erhellet, nach welchem Gesetze eine Quittung einen bündigern Beweis der Zahlung liefert, als die bloße Zurückgabe eines Schuldbekenntnisses.

Eher scheint aus einem andern Gesetze die Verbindlichkeit des Gläubigers zur Quittungsertheilung abgeleitet werden zu können; — es ist dieses die c. 19. C. de fide instrum. (IV. 21.) Aber auch hier müssen wir immer erst zur Analogie unsere Zuflucht nehmen, um zu jenem Resultate zu gelangen.

In jenem Gesetze räumt nämlich Justinian den Gläubigern die Befugniß ein, sich von ihren Schuldnern, denen sie über jährliche Leistungen Quittungen ausstellen, Gegenquittungen zu dem Ende geben zu lassen, damit sie die Gegenbeweismittel in Händen haben, wenn etwa die Schuldner versuchen sollten, ihre alljährlich verabreichten Leistungen abzuleugnen und der Hauptforderung die Einrede der Verjährung entgegenzusetzen.

Der Grund, aus welchem der Kaiser den Schuldner zur Ausstellung einer Antapocha verpflichtet, ist, wie Linde a. a. O. bemerkt, darin zu suchen, daß der Gläubiger für den Fall, wenn der Schuldner das Erloschensein seiner Verbindlichkeit widerrechtlich behaupten wollte, sofort in den Stand gesetzt sei, den dolus des Schuldners zu beweisen. Der Gläubiger soll also auf den Grund seiner Handlung, der Ausstellung einer Quittung, das Recht haben, zu fordern, daß ihm der Schuldner eine Bescheinigung darüber gebe, daß er diesem eine Quittung über bezahlte Zinsen ꝛc. ausgestellt habe. Hierdurch wird einestheils der Einwand beseitigt, daß man sich, ohne andere triftige Gründe, schlechthin weigern könne, dem Andern Beweismittel gegen sich in die Hände zu geben, anderntheils liegt aber auch in jenem Gesetze offenbar eine Anerkennung des Rechtes, sich dann, wenn es das Interesse des Leistenden erfordert, über die erfolgte Leistung, bestehe solche in einer ausgestellten Quittung oder geleisteten Zahlung, eine Empfangsbescheinigung geben zu lassen.

Sollten aber gegen die analoge Ausdehnung der const. cit. aus dem Grunde, weil dieselbe von einem

singulären Falle handelt, noch Bedenken obwalten, so werden dieselben gewiß durch die

c. 1. §. 2. C. de apoch. publ. (X. 22.)

beseitigt, in welcher auf das Bestimmteste verordnet ist, daß die Steuereinnehmer über die gezahlten Steuern den Besteuerten Quittung ausstellen sollen, und zwar unter Anderm auch um deswillen, damit descriptus documentis evidentibus fulciatur. Ist nun sogar den Steuerbeamten die Pflicht auferlegt, den Steuerpflichtigen Quittungen über ihre gezahlten Steuern zu geben, damit dieselben gegen nochmalige Anforderung gesichert sind; so darf man diese Befugniß jedem andern Schuldner, der an seinen Gläubiger zahlt, um so gewisser zusprechen, da der Grund jener Verordnung ein ganz allgemeiner, auch auf Privatschuldverhältuisse passender ist, ja sogar in diesen sich noch weit mehr geltend macht, als bei Beamten, denen wegen ihrer Amtsverrichtungen fides publica und vorzugsweise die Vermuthung eines legalen Benehmens zur Seite steht.

Demnach dürfte sich, hält man alle diese Vorschriften des römischen Rechts zusammen, — denn durch den Zusammenhalt gewinnen auch die const. 18 und die Nov. 90 cap. 2 allerdings wieder Bedeutung — nicht daran zweifeln lassen, daß der Schuldner auch nach erfolgter Zahlung eine Quittung fordern konnte, und mit jener bis zur Aushändigung einer solchen zurückzuhalten befugt war, so daß Zahlung und Ausstellung der Quittung Zug um Zug geschehen mußten.

Von großem practischen Werthe ist aber auch noch die Frage:

In welchen Fällen der Schuldner eine Quittung fordern kann?

Mit der Antwort, welche Curtius gibt, kömmt man nicht füglich aus, weil es oft zweifelhaft sein wird, ob die Zahlung eine solche sei, bei welcher es Sitte ist, Quittung zu geben.

Wenn wir auch den Satz des ältern römischen Rechts: Verbalobligationen werden durch Worte, Literalobligationen durch contrariae literae getilgt, als in dem neuern aufgegeben betrachten müssen; so scheint es doch, als ob er nicht ganz ohne Einfluß auf spätere Bestimmungen geblieben sei, und insbesondere will es mich bedünken, als sei nach den oben angeführten Gesetzen das Recht des Schuldners, eine Quittung zu fordern, nur dann vorhanden, wenn er entweder einen Schuldschein ausgestellt hat (c. 18. C. de test.) oder seine Verbindlichkeit (wie in den c. 19. C. de fid. instr. angeführten Fällen) leicht darzuthun ist, oder, wie es bei öffentlichen Abgaben der Fall, von ihm gar nicht in Abrede gestellt werden kann; — also da, wo der Gläubiger ihm seine Schuld mit leichter Mühe beweisen kann, während die Beweisführung des Schuldners, im Falle er gezahlt hätte, ohne Quittung ihm erschwert sein würde. Demnach dürfte sich das Princip als richtig ergeben: es solle die Lage beider Theile in Fällen jener Art auch rücksichtlich der Beweisführung möglichst gleich sein, woraus wieder folgt, daß der Schuldner dann eine Quittung über die entrichtete Leistung solle fordern können, wenn der Gläubiger über die Existenz des Schuldverhältnisses Beweismittel in Händen hat. Als solche sind nun auch die Handelsbücher zu betrachten, und es dürfte daher der Satz gerechtfertigt sein, daß der Schuldner auch in Betreff solcher Schuldposten, die in jene eingetragen sind, im Zahlungsfalle Quittung verlangen könne. Aber auch nur hinsichtlich solcher Posten, die in jene Bücher eingetragen sind, weil außerdem der Grund der Forderung einer Quittnng, die erleichterte Beweisführung Seitens des Gläubigers, fehlt. Wo Waaren gegen sofortige Zahlung gekauft und die Forderung nicht in Bücher eingetragen wird, bei dem täglichen Verkehr auf Märkten und bei den von Handwerkern gelieferten Arbeiten ist jener Grund nicht vorhanden, und es ist

auch nicht üblich, Quittung zu fordern und zu ertheilen. Wer dagegen auf Rechnung kauft, dem wird eine Quittung über die Zahlung nicht versagt werden können; ja! es dürfte sich in diesem Bezuge sogar ein Gewohnheitsrecht, welches noch weiter geht und auch die Handwerker, bei denen man auf Rechnung arbeiten läßt, zur Ausstellung von Quittungen verpflichtet, ohne große Schwierigkeit nachweisen lassen.

Zu II.

Wenn wird der Schuldner durch Zahlung an den Gläubiger seines Gläubigers befreit?

Man sollte denken, es hätte diese Frage bei der Klarheit und Deutlichkeit der c. 12. C. de solut. nie in die Reihe der Controversen gezogen werden können; und dennoch ist solches geschehen, und man ist über dieselbe keineswegs einverstanden. Schon ältere Rechtslehrer stellten die Ansicht auf: Der Schuldner könne dem Gläubiger seines Gläubigers auch ohne Auftrag mit Erfolg zahlen, wenn der Letztere nicht gegründete Einreden gegen seinen Gläubiger habe, oder ihm aus der Zahlung nicht sonst ein Nachtheil erwachse.

Vgl. Struvii Exercit. XXVIII. th. 18 lit. β. Mevii Decis. P. III. dec. 360 no. 3. Bachor ad Treutler Vol. II. disp. 29. th. 3 lit. A. Brunnemann ad l. 11 de pign. act. no. 7 u. 8.

Andere fordern noch Liquidität der Forderung des Gläubigers,

vgl. Berger Oec. jur. Lib. III. tit. XV. th. II. no. 2. Leyser spec. 528. med. 3—5. Höpfners Commentar §. 973.

und daß dieselbe fällig sei.

Vgl. Curtius Hdb. des sächsischen Civilrechts §. 1623.

Wieder Andere, wie Thibaut im Pand. Rechte §. 648 (8. Ausg.), Wening-Ingenheim im Civil-

rechte §. 245 und Göschen in den Pand. Vorlesungen §. 444 nehmen zwar auch Befreiung an, wenn der Schuldner an den Gläubiger seines Gläubigers zahlt; Thibaut und Göschen verlangen aber noch, daß die Zahlung dem Gläubiger wirklich von Nutzen gewesen sei, ihm keinen Nachtheil gebracht habe; während Wening blos erfordert, daß sie dem Gläubiger vollkommen zu Gute gekommen sei. Müller im Archive f. civil. Praxis. Bd. XV. S. 263 bestreitet die Richtigkeit des Satzes, daß der Schuldner liberirt werde, wenn er an den Gläubiger seines Gläubigers zahlt, es sei denn, daß solches mit des Gläubigers Vorwissen oder Genehmigung geschehe, oder daß derselbe den Schuldner arglistigerweise veranlaßte, an seinen Gläubiger zu zahlen und jener ohne Ratihabition opera creditoris sein Geld verlieren würde.

Fritz iu den Erläuternngen zu Wening-Ingenheim S. 383 nnd von Vangerow Leitf. Abth. II. S. 171 treten der Meinung Müllers insofern entgegen, als sie Alles auf negotiorum gestio und daher zu entnehmende exceptio compensationis zurückführen.

Sintenis im Civilrecht Thl. II. S. 405 not. 75 entscheidet sich für die gemeine Ansicht, unterscheidet jedoch zwei Fälle, und zwar

1) den einer negotiorum gestio, wenn der Schuldner seines Gläubigers eine mindestens gleich große Schuld des Letztern abgetragen hat, und, wie sich von selbst versteht, alle Erfordernisse der neg. gestio vorhanden sind. Daß er hier, die Fälligkeit der bezahlten Schuld vorausgesetzt, (vgl. l. 7 pr. l. 16 D. de compens. [XVI. 2.]) compensiren könne, das läßt sich ebensowenig bestreiten, als daß dann von einer solutio nicht die Rede ist. Dieses Falles hat Müller nicht gedacht, er brauchte aber desselben auch nicht zu gedenken, weil er gar nicht in das Gebiet der Zahlung gehört, und noch weniger hat Müller die Möglichkeit einer solchen Compensation

bezweifelt. Wenn A. dem B. 2000 Rthlr. schuldet, B. aber dem C. 1000 Rthlr., nnd der C. in Abwesenheit des B. denselben verklagt und nun das Hans des B., das diesem von großem Nutzen zu seinem Gewerbe ist, öffentlich verkauft werden soll, kann der A., der die Schuld des B. bezahlt hat, diesem, wenn er ihn wegen der 2000 Rthlr. verklagt, rücksichtlich der für ihn gezahlten 1000 Rthlr. die exc. compens. gewiß mit Recht entgegensetzen.

Die Fälle einer Compensation auf den Grund einer neg. gestio müssen hier also gänzlich bei Seite gestellt bleiben.

2) Der zweite Fall, den Sintenis unterscheidet, und welchen wir demnach ausschließlich zu besprechen haben, ist der:

wenn der Schuldner zwar, ohne solche Voraussetzungen, an einen Dritten gezahlt hat, jedoch der Gegenstand der Leistung unmittelbar und ohne Entgeld an den Gläubiger gelangt, oder mittelbar ihm zu Gute gekommen ist.

In diesem Falle soll dem Schuldner die Exceptio doli entgegengesetzt werden können.

Hierin kann ich aber nicht beistimmen, und ich bestreite demnach auch die Ansichten der früher erwähnten Rechtslehrer insoweit, daß ich behaupte:

Die Exceptio doli stehe nur demjenigen Schuldner zu, welcher in gutem Glauben, statt an seinen wahren Gläubiger, bezüglich dessen Vertreter, zu zahlen, an einen Dritten gezahlt hat, von welchem jedoch das Gezahlte, als von dem Schuldner gezahlt, in die Hände des wahren Gläubigers gekommen ist.

Insoweit, aber auch nur insoweit, weiche ich — wenn anders Müller jenen Satz hat in Abrede stellen wollen — von ihm ab; eine Ausnahme von der Regel: daß der

Schuldner durch Zahlung an den Gläubiger seines Gläubigers nicht liberirt werde, enthält aber jene meine Behauptung ebenfalls nicht, sondern sie gründet sich auf ganz andere Voraussetzungen.

Zwei Gesetze müssen wir nothwendig an die Spitze stellen, weil sie, wie nicht zu bezweifeln ist, die durchgreifende Regel aufstellen; es sind dieses

l. 64. D. de solut. (46. 3.)

Cum jussu meo id, quod mihi debes, solvis creditori meo: et tu a me, et ego a meo creditore liberor.

Hiernach findet Befreiung von der Schuld nur dann statt, wenn auf Geheiß des Gläubigers an dessen Gläubiger gezahlt worden ist; ja selbst wenn der Schuldner fälschlicherweise glaubte, daß er an einen von Seiten seines Gläubigers hierzu Bevollmächtigten zahle, wird er nicht befreit. l. 34. §. 4. eod.

Die Hauptstelle ist aber

c. 12. C. de solut., VIII. 43.

Invito vel ignorante creditore qui solvit alii, se non liberat obligatione. Quodsi hoc, vel mandante, vel ratum habente eo fecerit, non minus liberationem consequitur, quam si eidem creditori solvisset.

Diesen klaren gesetzlichen Bestimmungen gegenüber verliert nun die Deutung, weche man der

l. 61. D. de solut. und

l. 6. D. de dol. mal. etc. exc. (44. 4.)

gibt, alles Gewicht, weshalb ich mich lediglich auf die überzeugende Darstellung Müllers a. a. O. zu beziehen habe.

Das, was die l. 61. D. de solut. sagt und sagen will, wird erst recht klar, wenn man die Gesetze näher ins Auge faßt, welche den in ihr enthaltenen Satz zur Anwendung bringen, und auf welche sich gerade die Gegner unserer Ansicht beziehen.

Das erste,

l. 28. D. de solut.,

spricht Befreiung der Schuldner eines Mündels aus,

wenn sie an den Protutor desselben zahlen, und das Geld in das Vermögen des Mündels gekommen ist.

Das zweite,

l. 34. §. 9. D. eod.,

bestimmt, daß die Erbschaftsschuldner dann liberirt werden, wenn der praedo das, was er von ihnen erhoben, dem, welchem die Erbschaft gebührt, ausgeantwortet hat.

Daß beide Gesetze nicht den Fall vor Augen haben, wo der Schuldner an den Gläubiger seines Gläubigers zahlt, liegt auf der Hand, und ebenso gewiß ist es, daß dieselben weiter nichts sagen, als daß der Schuldner dann liberirt werde, wenn er irrthümlich, um seine Schuld zu tilgen, an Einen zahlt, der nicht sein Gläubiger ist, von diesem aber die Schuld als Schuld dessen, der gezahlt hat, an den Gläubiger gelangt. Diesen Satz stellt die l. 61. cit. im Allgemeinen auf, und die beiden andern Gesetze enthalten dessen Anwendung auf specielle Fälle. Derselbe ist aber eine Folge des in den Quellen so häufig anerkannten Grundsatzes, daß der Schuldner durch Zahlung eines Dritten für ihn befreit wird. Ist dieses nämlich selbst dann der Fall, wenn der Schuldner hiervon gar nichts weiß, oder solches wider seinen Willen geschieht, indem die Gesetze (l. 52. D. de solut.) davon ausgehen, „quum sit jure civili constitutum, licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere;" so muß der Natur der Sache nach Befreiung des Schuldners um so mehr eintreten, wenn dieser seinen Gläubiger durch Zahlung befriedigen will und die Schuld auch wirklich an diesen, wenn auch durch einen Dritten, der sie aus Irrthum zunächst empfing, gelangt.

Treffend spricht sich daher

Hellfeld Ipdtia for. §. 1931

dahin aus:

Interim, solutione minus recte facta, si solutum ad creditorem, vel in ejus utilitatem venerit, huic, solutionem urgenti, exceptio doli recte objicitur.

An diesem Resultate ändert die l. 17. D. de solut. durchaus nichts ab. Ueberhaupt stellt dieselbe blos den Satz auf, daß der, welcher einem Andern Geld gibt, um eine Schuld für ihn damit abzutragen, nicht liberirt werde, wenn der Bevollmächtigte das Geld in eigenem Namen, d. h. für sich dem Gläubiger zahlt; ja! es spricht dieses Gesetz gerade gegen die große Ausdehnung, welche man der l. 61. D. cit. gibt, und weist uns abermals darauf hin, daß dieselbe nur von dem Falle zu verstehen ist, wo Jemand für den Schuldner an den Gläubiger gezahlt hat; denn sonst hätte sich in der l. 17 der Gesetzgeber ganz anders, und zwar dahin aussprechen müssen, daß derjenige Schuldner, dessen Geld an seinen Gläubiger wirklich gekommen sei, hierdurch liberirt werde, möge auch der Ueberbringer dasselbe für sich suo nomine gezahlt haben. Allein das ist nicht der Fall; vielmehr soll in Folge des Grundsatzes, daß sich Niemand widerrechtlich bereichern dürfe, im Falle der Gläubiger das Geld in seinen Nutzen verwendet hat, der, in dessen Namen jenes gezahlt ist, befreiet werden.

Es muß also dem Gläubiger, soll sich ein dolus desselben eben anders denken lassen, bekannt sein, bezüglich bekannt werden, daß die Forderung, die er an seinen Schuldner hatte, hat getilgt werden sollen, und das Geld muß, wenn auch erst durch die dritte Hand, wirklich an ihn gekommen sein. In diesem Falle, aber auch nur in diesem Falle, tritt die Befreiung auf den Grund der l. 61 ein. Welche widerrechtliche Verrückung der Schuldverhältnisse, und welche Rechtsverletzungen der Satz, den wir bestreiten, nur allzuoft zur Folge haben würde, leuchtet ein, und es soll nur folgendes Beispiel zum Beweise dieser Behauptung angeführt werden.

A. schuldet dem B. 1000 Rthlr., dieser aber wieder dem C. ebensoviel, es hat aber der B. an den C. ver-

schiedene Compensationsansprüche. Wenn nun A. seine Schuld an den C. zahlt, so würde A. nach der gemeinen Meinung liberirt, während B., der von dem A. die 1000 Rthlr. zu jeder Zeit hätte erheben und nach Belieben verwenden können, seine Compensationsansprüche nun mittelst besonderer Klage, vielleicht in einem fremden Lande, unter mannigfachen Schwierigkeiten geltend machen muß, und, wenn der C. verarmt ist, vielleicht ganz einbüßt. Diese Bedenken haben auch alle Rechtslehrer, welche dem bestrittenen Satze das Wort reden, gefühlt, und eben daraus entspringen die Beschränkungen seiner Anwendbarkeit, die indeß höchst willkührlich sind; z. E. dem Gläubiger dürfe aus der Zahlung an seinen Gläubiger kein Nachtheil (?) erwachsen, es dürften ihm gegen den Gläubiger keine Einreden zu Gebote stehen, u. s. w. Wie nun aber, wenn B. den A. auf Rückzahlung des Darlehens von 1000 Rthlr. verklagt, dieser die Zahlung an dessen Gläubiger vorschützt, und der B. behauptet, er habe diese und jene Einreden gegen die Forderung seines Gläubigers; was soll dann geschehen? Soll hierüber zwischen dem A. und B. verfahren und ein fruchtloser Beweis über die Einreden geführt werden? Soll dem A. gestattet sein, bei einem über die Einrede der Compensation deferirten Eide, de ignorantia zu schwören, während der C. hätte de veritate schwören oder den Eid referiren müssen? — Doch genug! man sieht, zu welchen Naturwidrigkeiten die Anwendung des Satzes führt: der Schuldner werde durch Zahlung an den Gläubiger seines Gläubigers liberirt.

Das einzige Gesetz, in welchem die oben referirte gemeine Meinung eine Stütze finden könnte, ist die

l. 11. §. 5. D. de Pign. Act. (13. 7.)

In derselben heißt es nämlich:

Solutam autem pecuniam accipiendum, non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate

ejus: vel ei, cui heres exstitit, vel procuratori ejus, vel servo pecuniis exigendis praeposito.

Das Gesetz wiederholt hier ganz die allgemeinen Vorschriften, daß nur dem Gläubiger, oder dessen Procurator, oder auch mit Einwilligung des Gläubigers einem Dritten gezahlt werden könne, und man kann daher dem folgenden Satz:

Unde si domum conduxeris, et ejus partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pigneratitia adversus te potero experiri. Nam Julianus scribit, solvi ei posse: etc.,

da er als Folgerung aus dem vorhergehenden Satze hingestellt ist, ohne mit diesem in Widerspruch zu gerathen, gar keinen Sinn abgewinnen, wenn man ihn nicht so versteht, daß ein Fall unterstellt worden ist, wo der Aftermiether mit Vorwissen seines Vermiethers dem ersten Vermiether den Miethzins gezahlt hat.

Nimmt man dieses nicht an, so geräth man in Widerspruch mit den über die Aftermiethe bestehenden klaren gesetzlichen Vorschriften, nach welchen der subconductor mit dem ersten Vermiether in gar keinen Vertragsverhältnissen steht, und an denselben gar nicht zu zahlen hat (l. 7 u. 8. D. 19, 2.). Auch wäre dann das Gesetz für den Fall lückenhaft, wenn der Aftermiether seinem Vermiether eine höhere merces versprochen hat, als dieser selbst zu zahlen hat.

Will man aber diese meine Ansicht nicht gelten lassen und sich an den, den klarsten Gesetzen und selbst dem Eingange der l. cit. widersprechenden Ausspruch des Julian halten: „solvi ei posse“; so ist dadurch doch für die Behauptung: der Schuldner werde durch Zahlung an den Gläubiger seines Gläubigers befreit, nicht das Mindeste gewonnen; denn so vielen klaren gesetzlichen Bestimmungen gegenüber kann man den Ausspruch des Julian immer nur als eine Ausnahme von der Regel in dem von ihm genau bezeichneten speciellen Falle

gelten lassen, und er würde, eben als Ausnahme, nur zur Bekräftigung der in c. 12. C. (VIII. 43.) ausgesprochenen Regel dienen; denn exceptio firmat regulam.

Zu III.

Steht das s. g. beneficium excussionis personale dem dritten Besitzer speciell verpfändeter Sachen zu?

Diese wenigen Bemerkungen finden ihre Veranlassung in dem Aufsatze des Herrn ꝛc. von Löhr, Archiv Bd. 26. Heft I. Nr. 1, und in einem Rechtsfalle, welcher in der Leuterungsinstanz von der Juristenfacultät zu Gießen, und in der Appellationsinstanz von dem hiesigen Landes-Justizcollegium abgeurtheilt wurde. Jene sprach sich dahin aus, daß dem dritten Besitzer speciell verpfändeter Sachen das gedachte beneficium nicht zu Statten komme, während wir die entgegengesetzte Ansicht annehmen zu müssen glaubten.

Es sei mir vergönnt, die Gründe, welche Herr ꝛc. v. Löhr für seine Ansicht aufgeführt hat, und die, welche für die entgegengesetzte Meinung sprechen, näher zu betrachten.

Dabei muß ich die Bemerkung vorausschicken, daß ich mit dem, was gegen die Heimbachsche Ansicht im Archiv S. 3 gesagt ist, ebenso einverstanden bin, als mit der S. 6 entwickelten Ansicht, daß die Nov. 112 cap. 1 nicht von dem Falle der angestellten Pfandklage, sondern überhaupt davon rede, ob verpfändete Sachen zu den rebus litigiosis zu rechnen seien. Ueber den Umfang dessen, worüber der Kaiser in der Nov. 112 nähere Bestimmung treffen will, spricht er sich nach des Herrn v. Löhr (Archiv d. 8.) eigener Ansicht dahin aus, daß die Bedeutung des Ausdrucks res litigiosa nicht klar in den Gesetzen bestimmt, vielmehr bestritten, und er deßhalb angegangen worden sei, die hier herrschenden Zweifel

zu entscheiden. Damit ist aber die Materie, über welche neue Bestimmungen getroffen werden sollen, genau bezeichnet, und die Absicht des Kaisers ist hierin eben so klar, als sich nicht verkennen läßt, daß die über das benef. excuss. in Nov. 4 enthaltenen Bestimmungen in ein anderes Gebiet gehören, m. a. W. von dem, worüber der Kaiser disponiren wollte, ziemlich entfernt liegen. Denn wenn er auch sagt, er habe de litigiosis et speciali etc. hypotheca disponirt, was mir vollkommen richtig scheint, so hat er es doch nur insoweit gethan, als er die speciell oder generell verpfändeten Sachen von der Cathegorie der res litigiosae ausnahm. Allerdings liegt auch hierin eine Abänderung des bestehenden Rechts, wie Herr v. L. S. 7 zeigt, wenn er bemerkt, die Veräußerung einer speciell verpfändeten Sache habe früher (vor der Nov. 112) resp. ein furtum und Stellionat enthalten. Aber aus dieser Abänderung folgt noch nicht, daß der Kaiser in den Worten: Si autem debitor hoc non fecerit, damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet, eandem rem vindicare, donec ei satis pro debito fiat — die in Nov. 4 über das benef. excuss. pers. aufgestellten Bestimmungen abgeändert habe; denn aus der Einführung des einen neuen Rechtssatzes folgt noch nicht die Einführung des andern, da der letztere mit dem ersteren keineswegs in unzertrennlichem Zusammenhange steht. Wenn der Kaiser, wie es der Fall ist, ausspricht: Die Veränßerung speciell verpfändeter Sachen soll nicht mehr resp. als furtum und Stellionat betrachtet werden, wer möchte behaupten, daß damit auch gesagt sei: es solle dem dritten Besitzer der verpfändeten Sache das benef. exc. pers. nicht mehr zu Statten kommen, ihm, dem es nun, nachdem der Kaiser dem hypothekarischen Schuldner völlig freie Hand, die Hypothek zu veräußern, gegeben hatte, erst recht von Nöthen ist? Hierfür läßt sich um so weniger ein Grund auffinden, da der Gesetzgeber in der Praefatio deutlich erklärt,

er wolle Einiges im Gebiete der res litigiosae näher bestimmen, demnach aber zu erkennen gibt, daß es seine Absicht nicht sei, auf hiervon fern liegende Gegenstände überzugehen. Zu diesen gehörten nun die Hypotheken insofern allerdings nicht, als eben gerade sein Wille war, sie von dem Gebiete der res litigiosae auszuschließen, wohl aber die gesetzlichen Bestimmungen über das benef. excussionis, zumal dieses nicht allein dem dritten Besitzer einer Hypothek, sondern auch gewissen persönlich Verpflichteten zu Statten kam.

Bei weitem größeres Bedenken erregen dagegen allerdings die Worte:

Damus — pro debito fiat;

denn das Wort damus drückt ein erst gegenwärtiges Verleihen eines Rechts aus, das früher nicht, oder doch nicht in einer so unbeschränkten Weise bestand. Nun hatte aber der Pfandgläubiger bereits vor der Nov. 112 die hypothekarische Klage gegen den dritten Besitzer, jedoch nicht unbeschränkt, sondern unter der Voraussetzung, daß er den debitor etc. erst ausgeklagt habe, und es scheint sonach der Schluß gerechtfertigt, daß diese Beschränkung in der Nov. 112 aufgehoben worden sei; denn sonst könnte von dem Verleihen einer neuen Licentia nicht die Rede sein.

Gern gebe ich zu, daß man wohl schwerlich darüber ins Reine kommen wird, was Justinian mit dem damus etc. gemeint habe; allein die Hauptfrage bleibt doch immer die, ob man nach den Regeln der Interpretation annehmen könne und dürfe, daß durch jene Aeußerung Justinians die Nov. 4 c. 2 abgeändert worden sei?

Ueberwiegende Gründe scheinen mir für eine verneinende Antwort zu sprechen; denn bekannt ist:

1) daß Justinian in den Novellen in selbstgefälliger Manier sich oft und gern das Ansehen gibt, stets auf Verbesserungen des Rechts bedacht zu sein, und auch solche Aeußerungen, die blos bestätigend sind, in eine

Form einkleidet, die den Schein gewährt, als sei eine neue zweckmäßige Anordnung getroffen worden.

2) Hätte er die Nov. 4 hinsichtlich des benef. excuss. aufheben wollen, so ist nicht abzusehen, warum er sich nicht deutlicher ausgedrückt und geradezu gesagt haben sollte, daß er das ältere, vor ihr geltende Recht wiederherstellen wolle; denn nach vorjustinianischem und noch nach dem Rechte des justinianischen Coder hatte der Pfandgläubiger die unbeschränkte Wahl, ob er zunächst die persönliche Klage gegen den Schuldner ꝛc. oder sogleich die hypothecaria actio gegen den dritten Besitzer anstellen wollte.

3) v. Löhr nimmt selbst an, daß die Nov. 112 insofern etwas Neues einführt, als sie dem Schuldner gestattet, die speciell verpfändete Sache cui et quando voluerit zu veräußern. Konnte es nun nicht hier, um jedes Mißverständniß zu vermeiden, dem Kaiser ganz an der Zeit und dem rechten Orte scheinen, zu sagen: Wir geben jedoch dem Gläubiger (nach wie vor) die Befugniß, die verkaufte Sache zu vindiciren, wenn er von dem Verkäufer nicht befriedigt worden ist. Wohl wird man einwenden, daß sich ja dies von selbst verstanden habe; indessen hiergegen läßt sich erwiedern, daß gar Manches in den Quellen vorkömmt, was sich von selbst versteht, daß die Gesetze auch dem Rechtsunkundigen verständlich sein sollen, und daß der Gesetzgeber wohl thut, sogar ein superfluum beizufügen, wenn dieses das Gesetz (seiner Ansicht nach) klarer und verständlicher macht. Es ist daher recht gut denkbar, daß Justinian, um die Gläubiger der Pfandschuldner, welchen letztern er das unbeschränkteste Veräußerungsrecht gab, zu beruhigen, jene Worte beigefügt, und sie selbstgefällig in das damus gekleidet habe. Aus diesem Grunde scheint mir die Ansicht v. Vangerow's, daß der Kaiser mit dem damus etc. nur so viel habe sagen wollen: „es verstehe sich, daß der Gläubiger im Falle seiner Nichtbefriedigung

die Sache bei dem dritten Besitzer verfolgen könne," die richtigere zu sein.

4) Daß die von mir vertheidigte Auslegung, „daß nämlich dem Pfandgläubiger nur salvo beneficio excussionis das Recht zugesprochen werde, sich der actio hypothecaria zu bedienen," buchstäblich durch die Worte ausgeschlossen werde: „donec satis pro debito fiat," scheint mir ebenfalls sehr problematisch zu sein; denn diese Worte sagen weiter nichts, als was überhaupt von jedem mit der actio hypothecaria in Anspruch genommenen gilt: Si vero possideat, et aut pecuniam solvat, aut rem restituat — absolvendus est. Natürlich muß sich auch der in Anspruch genommene dritte Besitzer, — mag er vor oder nach fruchtlos erfolgter Excussion des Hauptschuldners belangt werden, durch Zahlung von der Restitution der Sache befreien können; ja es gilt dieses sogar von dem Hauptschuldner, und ich sehe nicht ein, wie jenes der actio hypothecaria eigene, ich möchte sagen, charakteristische Merkmal, welches von dem Dasein des benef. excuss. ganz und gar unabhängig ist, für die Aufhebung des letztern sprechen soll.

5) Die in der Nov. 4 über das benef. excuss. enthaltenen Bestimmungen sind offenbar specielle im Verhältniß zu der Satzung in Nov. 112: damus etc., denn diese bestimmt blos: Der Gläubiger soll sich an die Hypothek so lange halten, bis er seiner Forderung halber befriedigt ist; ein Satz, der eben so gut Anwendung finden kann, wenn der Hauptschuldner vorher fruchtlos ausgeklagt worden, als wenn dieses nicht geschehen ist. Von dem benef. excuss. im Besondern ist in der zuletzt gedachten Novelle aber nicht die Rede, und es muß daher hier wohl die Regel angewendet werden, daß eine specielle Verordnung durch eine generelle nicht füglich als abgeändert betrachtet werden kann, wenn jene nicht aus einem Grundsatze floß, der durch das neuere allgemeine Gesetz bestimmt aufgehoben worden ist. Mit einem

solchen Falle haben wir es aber hier nicht zu thun, denn es liegt eine eigentliche Ambiguität vor, d. h. es ist mindestens sehr zweifelhaft, ob Justinian in der Nov. 112 die Bestimmungen der Nov. 4 in der gedachten Beziehung habe aufheben wollen und wirklich aufgehoben habe; beides, die Absicht des Gesetzgebers und der Wortverstand, ist nichts weniger, als klar, und erst durch eine keineswegs sichere Folgerung kann man zu dem von v. Löhr vertheidigten Resultate gelangen. Demnach scheinen mir hier die Worte des verewigten Thibaut Beherzigung und Anwendüng zu verdienen: „Ungeachtet es ein unwandelbarer Grundsatz ist, daß das correctorische Gesetz alle älteren contrairen Verordnungen aufhebe, so hebt es dieselben doch nur insoweit auf, als es deutliche Gründe dazu enthält, und nur insofern, als das ältere Recht durchaus nicht mit dem neuern bestehen kann. Nun aber ist es bei einer Zweideutigkeit immer zweifelhaft, welcher Sinn mit den Worten zu verbinden ist. Da aber das ungewisse Recht dem gewissen Rechte weichen muß, so ist von den verschiedenen möglichen Bedeutungen nur diejenige anzunehmen, durch welche das gewisse bestehende Recht am Wenigsten eingeschränkt wird."

Zu IV.

Ist nach der Auth. C. si qua mulier eine Schuld, welche eine Ehefrau mit ihrem Ehemann gemeinschaftlich contrahirt, als Bürgschaft anzusehen, und darum ungültig?

Daß diese Frage noch jetzt als bestritten anzusehen ist, kanu nicht bezweifelt werden; aber auch von einer festen Praxis, die sich gebildet habe, kann nicht die Rede sein; denn zwei Facultätsurthel aus der neuesten Zeit, die vor mir liegen, beantworten sie auf verschiedene Weise, und man ist längst davon zurückgekommen, die

Unverletzlichkeit der Praxis auch da anzuerkennen, wo der wahre Sinn eines Gesetzes noch durch Interpretation gefunden werden kann.

Kaum dürfte indessen mehr zu zweifeln sein, daß die obige Frage nach der richtigeren Ansicht, welche auch Sintenis in Sells Jahrb. II. S. 362 fgg., Ders. im pract. gem. Civilrechte Thl. I. §. 129. S. 847. B. und not. 101, von Vangerow im Leitf. Bd. III. S. 168. not. 2 in Schutz nehmen, zu verneinen ist, und ich beschränke mich darauf, da sie schon so oft besprochen ist, nur Folgendes zu bemerken:

Nach römischem Rechte, das vor der Nov. 134 galt, steht unbezweifelt fest, daß man es für keine Intercession hielt, wenn eine Frauensperson mit einem Andern gemeinschaftlich eine Schuld contrahirte.

l. 17. §. 2. D. (XVI. 1.)

Zwar heißt es am Ende des gedachten §., wo von dem Falle die Rede ist, wenn ein solches gemeinschaftliches Darlehn zur Erkaufung einer Sache aufgenommen wird, daß theilweise eine Intercession vorliege; allein es wird zugleich bemerkt, daß der Gläubiger dennoch einen Theil der Schuld von der Frau einklagen, und sie nur nicht auf das Ganze belangen könne; denn thue er dieses, so werde er mit seiner Klage zum Theil abgewiesen.

An einem andern Orte

l. 11. eodem

ist wieder verordnet, daß, wenn eine Ehefrau unter dem Vorwande, zu ihrem eigenen Nutzen Geld aufzunehmen (tamquam in suos usus), solches empfangen sollte, während sie es doch einem Andern habe leihen wollen, die Einrede des Senatusconsults nicht statthabe; denn sonst würde Niemand mit Frauenzimmern contrahiren wollen, weil er nicht wissen könnte, was sie zu thun beabsichtigen.

Spangenberg in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. II. S. 49 räumt selbst ein, daß es

richtig sei, daß, wenn ein Frauenzimmer sich mit einer Mannsperson gemeinschaftlich als Selbstschuldnerin verpflichte, dasselbe im Zweifel pro rata haften müsse, und sich nicht auf die Vorschrift des Scti Vellejani berufen könne; er glaubt aber, daß gerade bei der engen Verbindung zwischen Ehefrau und Ehemann, und bei der Gewalt des letztern über die erstere, Justinian, wie es scheine, die Ehefrauen auch in diesem Falle wider übernommene Verpflichtungen habe in Schutz nehmen wollen; allein diese Behauptung ist ganz willkührlich und entbehrt nicht nur jedes Grundes, sondern kann auch der Interpretationsregel gegenüber, deren ich am Schlusse der vorigen Erörterung gedacht habe, durchaus nicht berücksichtigt werden.

Erwägt man ferner, daß nach der Ueberschrift des cap. 8 der Nov. 134 in demselben blos von eigentlichen Intercessionen, d. h. der Eingehung eines auf fremde Schuld sich beziehenden Vertrages, durch welchen man eine Leistung übernimmt, zu der man an und für sich nicht verpflichtet war, die Rede ist, das Julian's Epitome Novellarum hiermit ebenfalls übereinstimmt, indem es darin heißt: Mulierem licet pro marito multoties in privato aut publico debito intercedat, non teneri, nisi manifeste probetur, quod pecunia etc., daß es ferner höchst unwahrscheinlich ist, daß der Kaiser beabsichtigt habe, blos durch beiläufigen Gebrauch einiger höchst zweideutigen Worte eine ganz exorbitante Bestimmung einzuführen, nämlich das für Intercession zu erklären, was es der That nach nicht ist; so muß man sich wundern, wie man nur auf die Idee gekommen ist, in den Worten der Auth. aut consentiat eine Hinweisung auf Bürgschaft, in denen aut scribat eine Bezeichnung des Verhältnisses als Mitcontrahentin einer Schuld zu finden. Will man das scribat einmal auf Uebernahme einer selbstständigen Verbindlichkeit beziehen, so muß man consequenterweise auch weitergehen,

und annehmen, daß, wenn eine Ehefrau sogar allein eine Schuld contrahire, sie gleichwohl nicht verpflichtet werde, wenn nicht die Verwendung des Geldes in ihren Nutzen bewiesen werden könne. Die Gründe, die Spangenberg dafür anführt, daß Justinian beabsichtigt habe, die Frauen wider übernommene Verpflichtungen jener Art in Schutz zu nehmen, passen auch auf Fälle dieser Art, und daß solche vorgekommen sind, davon gibt ja die l. 11 D. (16. 1) den besten Beweis.

Meiner Meinung nach lassen sich die Worte: „aut consentiat aut subscribat“ leicht und auf eine weit natürlichere Weise, als die oben angedeutete ist, erklären. Bekannt ist nämlich, daß die Nov. 134 eine neuere Verordnung ist, als die const. 23 C. (29. 4.) Denn jene schloß sich dieser an, und änderte dieselbe in manchen Puncten ab. Man darf daher gewiß annehmen, daß beim Erlaß der Novelle die frühere c. 23 des Codex, die ja eben eine Abänderung resp. Erweiterung erhalten sollte, genau ins Auge gefaßt worden ist; auch konnte es nicht anders sein, als daß der Gesetzgeber bei Erlaß des neuen Gesetzes auf den Inhalt des ältern Rücksicht nahm, und dessen hin und wieder Erwähnung that. In der Coderstelle ist nun mehrfach da, wo die Frage über Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Intercession behandelt wird, unterschieden zwischen einer sine scriptis obligatio und einer interpositio per scripturam von Seiten der Frau; ja es ist dieser Unterschied gewissermaßen als Gegensatz hervorgehoben. So heißt es gleich Anfangs: sive sine scriptis, sive per scripturam sese interposuerit; dann später: Sin autem sine scriptis intercesserit, vel instrumento non sic confecto, und endlich in dem §. 2: pro nihilo habeatur hujus modi scriptura, vel sine scriptis obligatio, wobei ich insbesondere noch zu berücksichtigen bitte, daß die ganze const. lediglich von eigentlichen Intercessionen redet. Jetzt betrachte man nun einmal unbefangen die an diese Coderstelle sich anschließende Novelle, und man wird unwill-

führlich darauf hingeführt, daß die Worte der letzteren: „consentiat suo viro“ auf eine sine scriptis, die Worte „scribat“ aber auf eine per scripturam übernommene Intercession gehen. Diese Ansicht wird unterstützt durch die Worte der Auth.: ac si neque factum quicquam, welche in der Novelle selbst nicht vorkommen, und sich auf die blos mündliche Uebernahme einer Intercession, auf das consentiat im Gegensatz des scribat zu beziehen scheinen. Man könnte vielleicht einwenden, daß kein Grund vorhanden sei, anzunehmen, daß Justinian in der Novelle jene beiden Fälle habe unterscheiden wollen, da ja schon das allgemeine Verbot der Intercession hingereicht habe, indem dieses sowohl die mündliche, als schriftliche Intercession umfasse; allein darauf ist zu erwiedern, daß dieser Einwand auch gegen die Unterscheidung in der Coderstelle erhoben werden kann, und daß dennoch in dieser sowohl die mündliche, als schriftliche Intercession für ungültig erklärt ist, und zwar erst dann, nachdem schon vorher ausdrücklich bestimmt war: eine Intercession der Weiber solle nur dann gelten, wenn sie instrumento publice confecto et a tribus testibus consignato erfolgt sei. Ist daher in der Coderstelle etwas überflüssig Scheinendes gesagt, warum kann dieses nicht auch in der Novelle der Fall sein, besonders da sich diese an jene anschließt, und der Gesetzgeber beim Erlaß der letztern nicht nur den Inhalt der erstern in genaue Erwägung hat ziehen müssen, sondern auch ganz unzweideutig auf denselben hingewiesen hat. —

Somit glaube ich aber dargethan zu haben, daß kein genügender Grund vorliegt, das scribat in dem Sinne zu nehmen, den Spangenberg und seine Vorgänger vertheidigen. Aber ich will sogar einmal zugeben, daß das consentiat für „verbürgen“, das scribat für „als Schuldnerin eintreten“ zu nehmen sei, so ist dennoch weiter nichts gesagt, als daß die Verbindlichkeit einer Ehefrau, die diese für ihren Ehemann

übernimmt, sei es nun, daß sie sich für ihn verbürgt, oder für ihn als Schuldnerin eintritt, ipso jure null und nichtig sein soll. Man kann sogar behaupten, daß diese Interpretation Vieles für sich hat; denn auch in dem Sctum Vellejanum ist von denselben beiden Fällen die Rede, erstens dem der fidejussio, wenn eine Frauensperson sich verbürgt hat, und dem der Mutui datio pro alio, d. h. von dem Falle, wo die Frau an der Stelle eines Andern, der im Begriff steht, ein Darlehn aufzunehmen, dieses selbst contrahirt, und dann das Empfangene jenem Andern überläßt. Auf den ersten Fall (den der Bürgschaft) bezieht sich nun in der Auth. si qua mulier das „consentiat", auf die mutui datio pro marito das „scribat", wo die Frau in der That das Darlehn als Schuldnerin aufnimmt, aber nicht für sich, sondern für ihren Mann. Auf diese Weise harmonirt die Nov. 134 cap. 8 und die ihr entlehnte Authentika bezüglich der darin erwähnten Fälle vollkommen mit dem ältern Rechte, und es erklärt sich nun auch, warum zur Haftpflicht der Frau Verwendung des ganzen Darlehns in den Nutzen derselben verlangt wird. Dieses wäre in der That eine lächerliche Forderung, wenn man sich die Ehefrau blos als Mitschuldnerin zur Hälfte denkt, wie schon Sintenis in Sells Jahrb. II. S. 383 u. 384 treffend bemerkt hat. Sodann stimmt auch jene Auslegnng mit Julians Epitome und den aus Athanas. Scholast. und Theod. Hermopolus bei Vangerow S. 166 angführten Stellen überein; denn daß diese blos von einer Intercessio der Frau reden, erklärt sich dadurch, daß schon nach dem Vellejanischen Rathschlusse nicht allein die eigentliche Bürgschaft, sondern auch die mutui datio pro alio und die Verpfändung von Vermögen für einen Andern ohne persönliche Verbindlichmachung für intercessio galt. Darum war es blos nöthig, der intercessio zu erwähnen.

Der Einwand Spangenbergs, daß es bei Bürgschaften etwas ganz Unerhörtes sei, daß das erborgte Geld in den Nutzen des Bürgen verwendet werde, wird dadurch widerlegt, daß dieses eben bei Eheleuten, die mit Betrug umgehen, nicht gerade selten der Fall sein mag, und daß sich daher die Ausnahme: nisi manifeste etc. von diesem Gesichtspunkte aus recht gut erklären läßt. Daß aber auch außerdem Fälle der Art vorgekommen sind, beweist fr. 21 D. XVI. 1 auf das Bündigste. Namentlich bei der mutui datio pro aliis kann dieses häufig vorkommen (m. vgl. l. 29 D. XVI. 1), und am ersten bei Ehefrauen, die mit ihren Männern einverstanden sind und sich auf Unkosten ihrer Gläubiger bereichern wollen.

Dieser Erklärung des consentire und scribere gebe ich unbedingt den Vorzug vor jeder andern; allein ich frage nun: Welcher nur einigermaaßen erhebliche Grund spricht für die Ansicht, daß unter dem scribat eine gemeinschaftliche Verbindlichmachung beider Eheleute als Mitschuldner zu verstehen sei? — Nicht allein nicht ein einziger, ja nicht einmal eine entfernte Andeutung in dem Gesetze begünstigt diese Ansicht, sondern der oben angeführte, von Sell geltend gemachte Einwurf beseitigt dieselbe auf das Bestimmteste.

Bei der Breite im Style der Novellen, die bekannt ist, und bei dem Streben Justinians, alle möglichen Fälle auszudrücken, läßt sich endlich auch noch folgende Auffassung des Sinnes des cap. 8 cit. rechtfertigen. Das Wort consentiat deutet auf die persönliche Uebernahme einer Intercession, das durch aut getrennte scribat auf Verpfändung von Vermögensstücken der Frau für eine Schuld des Mannes ohne Uebernahme einer persönlichen Verbindlichkeit hin. Im griechischen Text heißt es nämlich ὑπογράφει; ὑπογράφειν hat aber nach Pape im Handwörterbuche der griech. Sprache Bd. II. 1843 auch die Bedeutung von verpfänden. Mit dem

scribat correspondirt nun „et substantiam“, mit dem consentiat „vel se ipsam obligaverit.“ Justinian hat also beide Fälle der Intercession, den der Uebernahme einer persönlichen Verbindlichkeit, und den der Verpfändung von Sachen ausdrücklich zu erwähnen für gut befunden. Das letztere galt indessen schon früher ebenfalls als Intercession (l. 8 pr. D. XVI. 1, l. 5 u. l. 7 C. IV. 29), und darum brauchte Julian der Intercession mittelst Verpfändung gar nicht zu gedenken. Auch Hermopolus hat Recht, wenn er beide Fälle, den der persönlichen Verpflichtung und Verpfändung zusammenzieht und die Ehefrau für unverbindlich erklärt; denn es versteht sich von selbst, daß sie solches noch weit eher sein muß, wenn sie nur eins von beiden gethan hat.

Will man aber keiner dieser Auslegungsarten, von denen jede offenbar mehr für sich hat, als die Spangenbergsche, den Vorzug einräumen, so muß man dann offen bekennen, daß das Gesetz dunkel ist, und ihm eine derogirende Kraft gar nicht beigelegt werden kann. Wenn man nicht bestimmt weiß, daß der Gesetzgeber das bestehende Recht hat abändern wollen, so muß dieses nach wie vor als geltend betrachtet werden.

Es muß daher dabei bleiben, daß, wenn zwei Eheleute gemeinschaftlich ein Darlehn aufnehmen, auch die Frau so lange als Mitschuldnerin pro rata haftet, bis sie nachgewiesen hat, daß eine verschleierte Bürgschaft vorliege und der Gläubiger hierum gewußt habe. c. 7 u. 19 C. (IV. 29.) Denn borgen zwei Personen zusammen, so werden sie pro rata verpflichtet, und jede wird zur Hälfte Principalschuldner. Dieß gilt auch von einer Ehefrau; denn die Fähigkeit einer solchen, sich principaliter als Schuldnerin zu verpflichten, ist nicht nur gesetzlich anerkannt, sondern es wird auch ausdrücklich erklärt, daß in einem solchen Falle eine Intercession nicht angenommen werden könne, und das Senatusconsult hier nicht Platz greife. c. 2 C. ad Sclum Vellej. Was aber

von der Fähigkeit der Uebernahme einer Verbindlichkeit in Betreff eines Ganzen gilt, das muß auch in Bezug auf die Fähigkeit, sich für einen Theil des Ganzen principaliter zu verpflichten, gelten.

II.

Ueber die Reformfrage.

Von Herrn

L. W. Fischer,

Obergerichtsanwalt in Birkenfeld.

Unter den gewaltigen Aenderungen, welche im Laufe unseres Jahrhunderts alle öffentlichen Zustände betroffen haben, hat bis jetzt das Justizwesen allein noch widerstanden. Man würde sich täuschen, wenn man diese Stabilität seiner innern Trefflichkeit zuschreiben wollte — der Grund liegt gerade in der völligen Auflösung seiner wesentlichen Bestandtheile, und die Grundpfeiler sind allmählig so morsch geworden, daß der blose Versuch einer gründlichen Reparatur dem ganzen Bau die Gefahr der Vernichtung droht.

Die politische Lage der deutschen Staaten und namentlich die vielfachen Territorialveränderungen im Beginne dieses Jahrhunderts, verhinderten die Aufnahme angemessener Reformen. Man ließ den neu erworbenen Provinzen, Städten und Dörfern ihr hergebrachtes Recht, wenigstens das bürgerliche, einestheils weil man schon damals die Mangelhaftigkeit der in den ältern Landestheilen bestehenden Gesetzgebung und die Nothwendigkeit einer völligen Umgestaltung klar erkannte, anderntheils weil man in gerechter Scheu die nothwendigen Gefahren